

DETERMINA DIRETTORIALE Fascicolo n. GU14/272100/2020

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA FOTI XXX - TIM XXX (Kena mobile) IL DIRETTORE

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante “Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “Codice delle comunicazioni elettroniche”;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito Regolamento;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”, di seguito Regolamento Indennizzi;

VISTA la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, “Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni - Corecom” e succ. modif. e int.;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Co.Re.Com Calabria in data 19/21 dicembre 2017;

DATO ATTO della deliberazione Co.Re.Com. Calabria n. 234 del 17 luglio 2014, con cui il Comitato ha conferito al Dirigente, Avv. Rosario Carnevale, la delega all’adozione dei provvedimenti di definizione delle controversie di modesta entità, aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente i 500,00 (cinquecento/00) euro;

VISTA l’istanza dell’utente FOTI XXX, del 28/04/2020 acquisita con protocollo N. 0183211 del 28/04/2020

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell’istruttoria;

CONSIDERATO che, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento, è risultato che:

L’istante rappresenta: “La società TIM XXX, nonostante la notifica del recesso dal contratto di abbonamento avvenuto il 02/10/2018, ha continuato a emettere fatture di pagamento per un servizio non richiesto. Non solo, dopo numerosi reclami sporti anche formalmente tramite avvocato, Tim ha affidato la pratica ad una società di recupero credito, nonché ad uno studio legale. Segnalo, inoltre che la società ha unilateralmente attivato sulla mia utenza molti servizi non richiesti e di seguito specificati: 1. Attivazione Servizio Internet Pay - contenuti web da agosto 2018 a giugno 2019– come da fattura RU02075XXX del 04/09/2018; 2. Modifica piano tariffario da TIM SMART FIBRA+ a TIM SMART INTERNET+ da ottobre 2018 a giugno 2019; 3. Attivazione servizio TIMVISION Eurosport da settembre 2018 a giugno 2019, come da fattura RU02601XXX del 05/11/2018 a giugno 2019 ”. E ha chiesto “1. Indennizzo ai sensi della Delibera 269/18/CONS, per fatturazione a 28 gg. : € 100,00 2. indennizzo ai sensi dell'art. 9, Delibera 347/18/CONS per attivazione servizi accessori non richiesti: Attivazione Servizio Internet Pay - contenuti web da agosto 2018 a giugno 2019 (gg. 333 € 832,50) come da fattura RU02075XXX del 04/09/2018; Attivazione servizio TIMVISION Eurosport da settembre 2018 a giugno 2019 (gg. 302 € 755), come da fattura RU02601XXX del 05/11/2018; 3. storno di tutte le fatture illegittimamente emesse dal 11/10/2018 a oggi; 4. Indennizzo ai sensi dall’articolo 13, comma sette,(Ipotesi Specifiche) € 500,00, secondo equità; 4. mancata risposta ai reclami € 300,00 5. rimborso spese legali: € 200,00”.

La resistente argomenta che: “da verifiche effettuate negli applicativi in uso Telecom Italia, in data 28/08/2017 l’istante dopo svariate chiamate di informazioni su sconti e promozioni accetta variazione profilo da Internet Senza Limiti a TIM SMART FIBRA ad €.29,90/28gg. sconto Fedeltà TIM SMART -€.5,00/28gg. Opzione SMART FIBRA+ €.10,00/28gg., modem in vendita rateizzata ad €.2,49*48 rate così come si evince dalla WL del 01/09/2017. In data 14/09/2018 viene attivato servizio Eurosport gratis per 1 anno così come si

evince da WL del 18/09/2018 ”. Successivamente, all’istante sono state inviate le condizioni contrattuali ed economiche del piano tariffario attivato sull’utenza, fornendogli le informazioni tecniche ed economiche inerenti la descrizione dell’offerta contrattuale, in conformità a quanto prescritto dall’art. 3 dell’All. A alla Delibera 519/15/CONS, il quale ultimo non ha esercitato il diritto di recesso previsto nel caso in cui l’attivazione non sia corrispondente alla sua volontà. Rileva che l’addebito relativo al servizio Internet Pay, si riferisce a contenuti WEB volontariamente fruiti dall’istante, e per i quali non sono stati inoltrati reclami in merito, nei termini di cui all’art. 23 delle C.G.A. Dalla documentazione ai propri atti, non risulta l’esistenza di reclami scritti o segnalazioni telefoniche concernenti addebiti per servizi non richiesti. Anzi, l’unico reclamo inoltrato dall’istante è riferito alla mancata cessazione della linea telefonica, e tale circostanza esclude il riconoscimento di indennizzi per l’attivazione di servizi non richiesti ai sensi dell’art. 14 della Delibera n. 347/18/Cons. In relazione alle doglianze relative alla ritardata cessazione del contratto precisa che: “ In data 04/10/2018 l’istante invia raccomandata di recesso dal contratto di abbonamento. In data 22/05/2019 l’istante invia pec per la ritardata cessazione della linea. Il reclamo viene chiuso il 10/06/2019 con l’emissione della cessazione con data retroattiva al 16/11/2018 e note di credito parziali per il conto di gennaio 2019 per €62,01 al netto del costo del modem, spese di spedizione fattura e indennità di ritardato pagamento con differenza da pagare di €5,95, conto di febbraio 2019 per €62,01 al netto del costo del modem, spese di spedizione fattura e indennità di ritardato pagamento con differenza da pagare di €5,96, conto di marzo 2019 per €63,01 al netto del costo del modem e delle spese di spedizione fattura con differenza da pagare di €5,00, conto di aprile 2019 per €62,01 al netto del costo del modem e delle spese di spedizione fattura con differenza da pagare di €5,00, conto di maggio 2019 per €42,02 al netto del costo del modem e delle spese di spedizione fattura con differenza di €4,99 inviato riscontro scritto in data 17/06/2019. In data 17/10/2019 l’istante invia pec per contestare la costituzione in mora dell’utenza. Il reclamo risulta riscontrato il 04/02/2020 con esito fondato e diminuzione totale con nota di credito del conto di giugno 2019 di € 50,91 e diminuzione parziale di €15,59 del conto di conto di luglio 2019 di € 40,73 per un saldo di €25,14 e un totale morosità di €70,88”. Evidenzia che sull’istante grava un insoluto pari ad € 117,00 al netto delle note di credito emesse. Sottolinea che in ogni caso non sarebbe tenuta a corrispondere alcun indennizzo per l’eventuale mancata disdetta della linea, secondo l’orientamento consolidato dell’Autorità. E richiama a tale proposito la Delibera AGCOM n. 73/11/CONS, che non prevede nessun indennizzo, per tale fattispecie, ma solo lo storno delle fatture emesse successivamente alla richiesta di cessazione, nonché le Delibere Agcom 14/15/CIR e 18/16/CIR, a cui, secondo sempre il suo asserto, si sarebbe conformato anche questo Co.re.com con la determinazione n. 450/16. Conclude infine evidenziando che nulla è dovuto tenuto conto della regolarità degli addebiti presenti sui conti generati, (opportunamente diminuiti) ovvero dei canoni dell’offerta TIM SMART FIBRA, variata successivamente con il conto di novembre 2018 nella sola forma espositiva a TIM SMART INTERNET+ e comunque accettata dall’istante nel mese di agosto 2017, unitamente al servizio gratuito Eurosport, così come si evince dalle WL ricevute e disdettata ad ottobre 2018, e a motivo che gli addebiti riferiti ad Internet Pay si riferiscono a contenuti WEB volontariamente fruiti dall’istante e mai reclamati. Per tutto ciò, ha chiesto il rigetto di tutte le domande proposte dall’istante, perché infondate sia in fatto sia in diritto. Successivamente, il ricorrente ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all’art. 16, comma 2, del nuovo Regolamento di procedura, Delibera n. 203/18/CONS e successive modifiche ed integrazioni, una memoria con cui, oltre a insistere nelle richieste già formulate, ha evidenziato che in totale violazione delle norme poste a tutela del Consumatore e dei principi di buona fede e correttezza nell’esecuzione dei contratti, la Società non solo non ha dato seguito alla richiesta di disattivazione della linea telefonica avvenuta nel mese di ottobre 2018, ma, ha riattivato più volte nuovi profili tariffari e servizi accessori sull’utenza dell’istante. Ha sottolineato di non aver richiesto l’attivazione dei servizi a pagamento contestati e che la resistente non ha dato prova della sua eventuale richiesta. Ha contestato inoltre l’assenza di reclami in merito all’attivazione dei suddetti servizi, considerato che ad ottobre 2018, ovvero subito dopo l’attivazione degli stessi, egli ha manifestato la volontà di recedere dal contratto, dimostrando dunque di non volere i servizi accessori a pagamento arbitrariamente attivati sulla propria linea. Ha infine rappresentato che, nonostante il recesso, soltanto dopo il sollecito del 22 maggio 2019 la Società ha rettificato parzialmente le fatture emesse successivamente ad esso e comunque ha continuato ad emettere fatture di pagamento fino ad aprile 2020, dando incarico ad una società per il recupero del credito vantato.

Nel merito, alla luce di quanto emerso nel corso dell’istruttoria, le domande della parte istante possono essere accolte parzialmente. In primo luogo la richiesta dell’istante di indennizzo per l’arbitraria fatturazione a 28 giorni, anziché a 30, deve essere rigettata, in quanto il Regolamento indennizzi non prevede alcun indennizzo per tale fattispecie, neppure in via analogica. Nondimeno, nell’ipotesi di fatturazione illegittima,

l'utente ha comunque diritto al rimborso delle somme non dovute, ma nel caso di specie questi non ha allegato alcuna documentazione, né ha addotto alcuna argomentazione a supporto delle sue ragioni, venendo meno ai principi generali in materia di onere probatorio, e dunque non può essergli riconosciuto alcun rimborso. In relazione invece alle somme illegittimamente fatturate per servizi non richiesti dall'utente affiora che l'operatore ha violato le norme dettate dall'Autorità in materia di attivazione di tali servizi. Sul punto si osserva che l'art. 67 quinquiesdecies Codice del Consumo statuisce al comma 1 che : “Il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta. In ogni caso, l'assenza di una risposta non implica consenso del consumatore”. Il Codice del Consumo, così come da ultimo riformato in attuazione della Dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, in particolare stabilisce che prima che il consumatore sia vincolato dal contratto o dall'offerta, il professionista deve chiedere il consenso espresso del consumatore per qualsiasi pagamento supplementare oltre alla remunerazione concordata per l'obbligo contrattuale principale del professionista. Se il professionista non ottiene il consenso espresso del consumatore ma l'abbia dedotto, utilizzando opzioni prestabilite, il consumatore ha diritto al rimborso di tale pagamento. Ancora, l'art. 7, comma 5, della Direttiva di cui alla Delibera Agcom 179/03/CSP stabilisce che: “gli operatori devono tenere indenni gli utenti dalle conseguenze economiche e pregiudizievoli delle attivazioni di servizi non richiesti e che in caso di contestazione, ove l'operatore non sia in grado di dimostrare, nelle forme dovute, la ricezione di una richiesta dell'utente ovvero le eventuali problematiche tecniche – non imputabili all'operatore stesso – che hanno determinato l'attivazione contestata, l'utente ha diritto allo storno dei corrispettivi addebitati per il traffico generato con l'operatore responsabile, nonché ad un indennizzo proporzionato al disservizio causato, per ogni giorno di attivazione del servizio non richiesto”. Quindi, in difetto di prova contraria, deve affermarsi l'esclusiva responsabilità della resistente ex art. 1218 del codice civile per l'indebita attivazione di servizi a pagamento non richiesti, con il conseguente diritto per l'utente ad un indennizzo proporzionato al disagio causato e allo storno (o al rimborso, qualora il relativo pagamento risulti essere già stato effettuato) di quanto addebitatogli a tale titolo. La società resistente, nel caso di specie, non ha fornito alcun documento da cui risulti l'esistenza di una manifestazione di volontà dell'utente di attivare i servizi de quibus. Essa non ha fornito infatti la prova che gli addebiti in fattura siano riferibili ad attivazioni volontarie e consapevoli dell'utente, in quanto ha allegato la Welcome Letter di attivazione del servizio Tim vision Eurosport del 18 settembre, ma non ha dato prova della richiesta, così come non ha dato prova del consenso all'attivazione del servizio Internet Pay. Quest'ultimo consente l'addebito di tutti gli abbonamenti a servizi digitali presenti su internet, atteso che l'utente può ritrovarsi a navigare dalla propria linea fissa TIM e intercettare dei banner per procedere all'acquisto inserendo il numero di telefono. In seguito, l'operatore deve inviare una mail al cliente, con le caratteristiche del servizio, come nome, prezzo e frequenza dell'abbonamento, oltre ai link per il download e alle informazioni necessarie per procedere con la disattivazione del servizio, ma la resistente non ha dato prova di aver effettuato tali adempimenti. Di contro, l'assenza di volontà dell'istante all'attivazione dei suddetti servizi si evince dal recesso dal contratto formulato il 2 ottobre 2018 e pervenuto alla resistente il 15 ottobre, ovvero subito dopo aver constatato l'attivazione dei servizi accessori non richiesti. Tanto precisato, attesa la descritta condotta dell'operatore alla luce della normativa sopra citata, è ragionevole riconoscere che egli ha diritto al rimborso (ovvero, ove non fossero state saldate, allo storno) delle somme addebitate per i servizi non richiesti. Occorre però rilevare che il servizio Tim vision Eurosport era gratis per un anno, secondo quanto si evince dalle fatture di novembre 2018 e giugno 2019, nonché dalle condizioni contrattuali allegato dallo stesso istante, e dunque non risulta alcun addebito in relazione al suddetto servizio. Per cui non ha subito alcun pregiudizio - peraltro ha subito manifestato la volontà di recedere dal contratto -, e dunque non si configura alcun indennizzo. La resistente invece è tenuta a stornare le somme addebitate in relazione al servizio Internet Pay a partire dalla fattura di settembre 2018 sino alla fattura di luglio 2019, ovvero le somme residue non stornate con le note di credito da essa emesse in relazione ai conti di gennaio, febbraio, marzo, aprile e maggio 2019. Ciò nondimeno non può trovare accoglimento la richiesta dell'istante di liquidazione di un indennizzo per l'attivazione di tale servizio accessorio non richiesto, in quanto si tratta di servizi digitali, e in quanto tali riguardano: a) servizi diversi dai servizi di comunicazione elettronica ai quali si riferiscono gli indennizzi del Regolamento indennizzi; b) servizi forniti da soggetti terzi rispetto all'operatore di comunicazione elettronica che, come tale, resta estraneo al rapporto contrattuale tra l'utente ed il fornitore del servizio; c) servizi in relazione ai quali il rapporto contrattuale con l'operatore, che costituisce fondamento per il riconoscimento dell'indennizzo e del corrispondente meccanismo di liquidazione, attiene solo alla fase dell'addebito, e non a quello della attivazione in senso stretto (ex multis Delibera Agcom n. 143/17/CIR). In relazione alla ritardata disdetta del contratto si evidenzia che, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, del d.l. n. 7/2007, convertito nella legge n. 40/2007, “i contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti

televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni". Ne consegue che, in caso di esercizio del diritto di recesso da parte dell'utente, l'operatore deve attivarsi per renderlo effettivo nel rispetto delle tempistiche stabilite dalle condizioni contrattuali e dalla predetta normativa. Nel caso di specie la resistente ha ammesso il ritardo nella lavorazione della disdetta inviata il 2 ottobre 2018 e pervenuta il successivo 15, tanto che la cessazione è stata effettuata con data retroattiva al 16 novembre 2018 e che è stato già effettuato uno storno parziale delle fatture emesse successivamente alla richiesta di recesso. Per il che, il comportamento della resistente, a prescindere dal fatto che questo si pone in contrasto col principio di buona fede di cui all'art. 1175 c.c., confligge con la disposizione dell'art. 8, del "Regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche" - Allegato A) - alla delibera n. 519/15/CONS, secondo cui "in caso di disdetta o di esercizio del diritto di recesso da parte dell'utente, l'operatore non può addebitare all'utente alcun corrispettivo per le prestazioni erogate a decorrere dal termine del contratto ovvero dalla data di efficacia del recesso e, qualora non riesca tecnicamente ad impedirne l'addebito, provvede tempestivamente a stornare o a rimborsare quanto addebitato". Cosicché l'istante ha diritto, così come previsto dalla normativa regolatrice, allo storno integrale delle fatture emesse dopo il decorso dei trenta giorni dalla ricezione della comunicazione di recesso, inviata al gestore a mezzo raccomandata A/R del 2 ottobre 2018 e consegnata allo stesso il 15 ottobre, fino alla chiusura del ciclo di fatturazione, incluse le somme addebitate per il modem laddove questo sia stato restituito. Non può però essergli riconosciuto alcun indennizzo per la ritardata cessazione del contratto, atteso che questa circostanza, secondo l'orientamento consolidato dell'Autorità, non è indennizzabile, poiché non è prevista dal Regolamento indennizzi e non è assimilabile, neppure in via analogica, alla fattispecie di attivazione di servizio non richiesto (ex multis, v. anche Delibere 121/15/CIR, 16/16/CIR, 20/16/CIR e di recente Delibera n. 109/18/CIR nonché Co.re.com Calabria n. 450/16 e Determina n. 15/18/DTC). In effetti, secondo l'Autorità "l'eventuale disagio patito dall'istante per la proseguita ricezione di indebite fatturazioni, non risultando oggettivamente apprezzabile, non può essere ricondotto nell'alveo degli oggettivi disagi indennizzabili in favore degli utenti di servizi di comunicazioni elettroniche (sia pur con applicazione analogica, ai sensi dell'art. 12 del citato Regolamento sugli indennizzi, delle fattispecie tipizzate), bensì, per il suo profilo strettamente soggettivo, risulta attratto dall'ambito del danno, il cui risarcimento, come noto, è materia di competenza dell'Autorità Giudiziaria e non dell'Autorità" (ex multis, v. di recente Delibera Agcom 116/17/CIR). In merito alla richiesta di indennizzo per mancata risposta ai reclami dalla documentazione in atti, emerge un reclamo del 22 maggio 2019 in merito alla ritardata cessazione, cui è stato dato riscontro con la missiva del 17 giugno 2019 allegata dallo stesso istante, e un ulteriore reclamo del 17 ottobre 2019, a mezzo PEC, non allegato, ma confermato dall'operatore, per contestare la costituzione in mora dell'utenza. Questo risulta riscontrato in ritardo: con la missiva del 4 febbraio 2020, allegata dall'istante stesso, con esito fondato. Cosicché ai sensi dell'articolo 8, comma 4, della Delibera Agcom n. 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo cui l'operatore deve fornire l'esito del reclamo entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto con motivazione adeguata, l'istante ha diritto al riconoscimento di un indennizzo per ritardata risposta al reclamo, in quanto inadempimento contrattuale ai sensi delle già citate previsioni di cui all'articolo 11, comma 2, della Delibera Agcom n. 179/03/CSP. Per la determinazione dell'indennizzo, si applica l'art. 12, comma 1 e 2, dell'Allegato A della Delibera Agcom n. 347/18/CONS che ha modificato il Regolamento Indennizzi di cui all'All. A) della Delibera 73/11/CONS. Nel caso di specie, il ritardo accumulato dall'operatore va rapportato al periodo compreso tra il 17 ottobre 2019 (data del reclamo scritto) e il 4 febbraio 2020 (data della missiva di riscontro), corrispondente a 80 giorni (decurtati i 30 giorni previsti dalla Carta servizi dell'operatore per dare seguito al reclamo). Perciò si riconosce all'utente un indennizzo di € 200,00 (duecento /00) così calcolato $80 \times 2,50$. Da ultimo, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 20, comma 6, del Regolamento, l'importo di euro 50,00 (cinquanta/00) considerato che tutta la procedura si è svolta tramite la piattaforma del "Concilia Web", e che l'istante ha presenziato all'udienza di discussione tramite collegamento in audioconferenza.

DETERMINA

- TIM XXX (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 28/04/2020, è tenuta a provvedere alla regolarizzazione della posizione amministrativa-contabile della Sig.ra Foti XXX, mediante rimborso o storno delle fatture emesse dopo il decorso dei trenta giorni dalla ricezione della comunicazione di recesso avvenuta il 15 ottobre 2018 sino alla fine del ciclo di fatturazione, comprese le somme addebitate per il modem, laddove questo sia stato restituito; dovrà inoltre essere ritirata, a cura e spese del gestore, la pratica di recupero del credito aperta. La stessa società è tenuta altresì a liquidare a favore dell'istante, mediante assegno o bonifico bancario le seguenti somme: • € 200,00 (duecento/00), a titolo di indennizzo per mancata risposta al reclamo, oltre agli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia; • Euro € 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, giusto quanto previsto dall'articolo 19, comma 5, del Regolamento.

Ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del citato Regolamento il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti.

Il direttore
rosario carnevale